GDPR & AML/KYC : Le caractère «public» du registre des bénéficiaires effectifs est-il incompatible avec la législation sur la protection des données ?

La Cour de justice de l'Union européenne décidera !

La loi du 13 janvier 2019 instituant un registre des bénéficiaires effectifs («RBE») (ci-après la «Loi RBE») et le Règlement grand-ducal du 15 février 2019 relatif aux modalités d'inscription, de paiement des frais administratifs ainsi qu'à l'accès aux informations inscrites au Registre des bénéficiaires effectifs (le «Règlement grand-ducal RBE») instaurent un registre des bénéficiaires économiques au Luxembourg et prévoient un accès au grand public de plusieurs informations relatives à ces personnes.

Les dispositions nationales transposent ainsi l'article 30, paragraphe 5, c) de la Directive AML IV (telle que modifiée par la Directive AML V). Plusieurs sociétés luxembourgeoises et/ou leurs bénéficiaires économiques ont contesté le caractère public de l'accès à ces données et ont invoqué l'absence de conformité avec le RGPD, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et/ou la Convention Européenne des Droits de l'Homme. La 1ière Vice-Présidente de la chambre commerciale du Tribunal d'arrondissement a soulevé plusieurs questions préjudicielles à la CJUE à cet égard.

L'accès du grand public au registre des bénéficiaires économiques, viole la Charte et la CEDH et, de ce fait, est invalide

Il est de jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne (la «CJUE») que la législation de l'Union européenne doit être conforme aux dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la «Charte»). La CJUE a, à quelques reprises, eu l'occasion de vérifier la conformité d'une législation ou réglementation de l'Union européenne avec les articles 7 et 8 de la Charte qui consacrent respectivement le droit à la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel.

L'article 52, paragraphe 1er de la Charte permet d'instaurer des limitations à ces principes, mais cette dernière disposition requiert toutefois que :
- Cette limitation doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Certes, l'article 30, paragraphe 5, c) de la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme (Directive AML IV, telle que modifiée par la Directive (UE) 2018/843 (Directive AML V)) donne une base légale à l'accès du grand public au registre des bénéficiaires économiques mais n'entoure cet accès par aucune mesure de sauvegarde de sorte que le contenu essentiel des droits à la vie privée et à la la protection des données à caractère personnel n'est pas respecté.
- Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

Comme le Contrôleur Européen de la Protection des Données (le «CEPD») (institution indépendante de l'UE qui veille à ce que le législateur de l'Union européenne respecte le droit à la vie privée et le droit de la protection des données à caractère personnel) l'a indiqué dans son avis 1/2017 du 17 février 2017 sur une proposition qui a débouché sur l'adoption de la Directive AML V, les objectifs d'un accès étendu au registre des bénéficiaires économiques n'étaient pas toujours clairs. Cela constitue déjà en soi une violation du principe de limitation des finalités en droit de la protection des données.

Au vu de la nature de la législation, il est indéniable que l'objectif principal poursuivi est la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Le considérant (35) précise par ailleurs que l'accès du grand public aurait un effet préventif dans le cadre du recours abusif à des entités et constructions juridiques et donc dans le contexte de la lutte contre le blanchiment et du financement du terrorisme. Même si cet objectif est un objectif louable, encore faut-il que la mesure de l'accès du grand public au registre soit nécessaire pour atteindre cet objectif. Cela n'est manifestement pas le cas.

Il est également de jurisprudence constante de la CJUE qu'il doit nécessairement exister un lien entre les mesures qui comportent une ingérence dans la protection des données à caractère personnel et un risque pour la société.

Ainsi, la CJUE a, dans son arrêt du 8 avril 2014 dans les affaires jointes C-293/12 et C-594/12 *Digital Rights Ireland*, décidé d'annuler la Directive 2006/24/CE sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, en ce qu'*«elle s'applique* [...] *même à des personnes pour lesquelles il n'existe aucun indice de nature à laisser croire que leur comportement puisse avoir un lien, même indirect ou lointain, avec des infractions graves»*, même si l'objectif de cette conservation de données était la lutte contre la criminalité lourde et que cet objectif était tout à fait légitime. De la même manière, il n'y a aucun indice de nature à laisser croire que des bénéficiaires économiques auraient un lien, même indirect ou lointain, avec des constructions juridiques abusives, voire avec des activités de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme.

Rappelons que la grande majorité des bénéficiaires économiques des sociétés commerciales poursuit des objectifs commerciaux tout à fait légitimes, de sorte qu'un tel lien n'existe pas.

Aussi le Groupe de Travail Article 29, le prédécesseur du Comité Européen de la Protection des Données (le «CEPD») qui regroupe des représentants de toutes les autorités de protection de données au sein de l'Union européenne, a rappelé que l'exigence de proportionnalité n'est pas satisfaite dans les cas où la mesure législative proposée, même lorsqu'elle poursuit un but légitime, énonce une «mesure générale» («*blanket measure*») qui ne tient pas compte de l'efficacité des mesures existantes ou ne prévoit pas de garanties adéquates pour les personnes. L'accès du grand public au registre constitue une telle mesure «générale» qui est à éviter.

Dans son avis 1/2017, le CEPD donnait encore son opinion sur une proposition antérieure de la Directive AML V qui prévoyait un accès pour des personnes ayant un «intérêt légitime» ; il n'était alors pas encore question de fournir un accès au grand public. Par conséquent et maintenant que l'accès au registre des bénéficiaires économiques a été étendu au grand public, l'avis du CEPD est davantage pertinent. Le CEPD a, par ailleurs, répété ses critiques dans un avis 5/2020 du 23 juillet 2020.

Les conclusions sur la base de la Charte sont largement inspirées de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de sorte que l'accès du grand public au registre des bénéficiaires économiques, tel que prévu à l'article 30, paragraphe 5, c) Directive AML IV (telle que modifiée par la Directive AML V) enfreint non seulement les articles 7 et 8 de la Charte mais également l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (la «CEDH») garantissant le droit à la vie privée.

Dans une ordonnance très récente du 13 novembre 2020, des considérations de ce type ont amené la 1ière Vice-Présidente de la chambre commerciale du Tribunal d'arrondissement à poser plusieurs questions préjudicielles à la CJUE et surtout la suivante quant à la compatibilité de cette disposition avec la Charte et la CEDH: *«L'article 1er, paragraphe 15, sous c) de la* [Directive AML V], *modifiant l'article 30, paragraphe 5, premier alinéa de la* [Directive AML IV], *en ce sens qu'il impose aux Etats membres de rendre les informations sur les bénéficiaires effectifs accessibles dans tous les cas à tout membre du grand public sans justification d'un intérêt légitime, est-il valide*
a. à la lumière du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la «Charte»), interprété conformément à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, compte tenu des objectifs énoncés notamment aux considérants 30 et 31 de la [Directive AML V] *visant, en particulier, la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ; et*
b. à la lumière du droit à la protection des données à caractère personnel garantie par l'article 8 de la Charte en ce qu'il vise notamment à garantir le traitement des données personnelles de manière licite, loyale et transparente à l'égard de la personne concernée, la limitation des finalités de la collecte et du traitement et la minimisation des données ?»

Le règlement grand-ducal pris en exécution de la Loi RBE viole le RGPD, la Charte, et/ou la CEDH

L'article 7(1) du Règlement grand-ducal RBE précise que l'accès du grand public aux informations du RBE est gratuit. De plus, le Règlement grand-ducal RBE ne restreint pas l'accès en question à des personnes identifiées, de sorte que des personnes anonymes peuvent également prendre connaissance des informations en question.

La Directive AML V qui a introduit un accès aux informations des bénéficiaires économiques au bénéfice du grand public, précise dans ses considérants (34) et (36) qu'il est néanmoins important de trouver un juste équilibre *«entre l'intérêt du grand public à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et les droits fondamentaux des personnes concernées»* et que l'ouverture du registre au grand public devrait ainsi être compensée par des sauvegardes que les Etats membres pourraient mettre en place *«dans le but d'assurer une approche proportionnée et équilibrée et de garantir les droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel»*, comme, par exemple, l'exigence d'une inscription en ligne et le paiement d'une redevance, ainsi que la mise en place d'un traçage des personnes ayant consulté le registre.

Le Luxembourg n'a mis en place aucune de ces mesures essentielles qui sont, selon l'avis très pertinent de la Commission Nationale de Protection des Données (CNPD), des mesures qui *«représentent des sauvegardes indispensables pour cadrer l'ouverture du registre au grand public avec la législation en matière de protection des données et pour contribuer à la balance entre l'objectif légitime de la lutte contre le blanchiment et les droits fondamentaux des personnes concernées»*.

Toujours de manière aussi pertinente, la CNPD indique dans son avis du 22 novembre 2018 par rapport au projet de loi n° 7217 (qui a abouti à la Loi RBE) que le traçage des personnes ayant consulté le registre est par ailleurs justifié pour répondre aux droits des personnes concernées (les bénéficiaires effectifs) qui leurs sont conférés par le RGPD, à savoir le droit à l'information (article 12 à 14 du RGPD) et le droit d'accès (article 15 du RGPD). En effet, ces dispositions garantissent aux personnes concernées d'être informées sur les destinataires de leurs données et d'avoir accès aux informations relatives à ces destinataires. La CNPD a rappelé par ailleurs que d'autres Etats membres ont jugé opportun de soumettre l'accès au registre à l'acquittement de frais administratifs (p.ex. la Belgique).

Ainsi, le risque est très (trop) élevé que les données des bénéficiaires économiques, incluses dans le RBE, soient utilisées à des fins qui dépassent largement la finalité sous-jacente de l'accès au grand public, à savoir la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Sans parler de l'exploitation des données à des fins criminelles, le registre constituant, par définition, un menu de choix pour les malfrats de tous horizons à la recherche de proies facilement identifiables. Par conséquent, l'accès au registre des bénéficiaires économiques accordé au grand public, tel qu'organisé au Luxembourg et donc sans les mesures en question, méconnaît plusieurs dispositions et principes du RGPD:
- constitue une violation du principe de limitation de finalités prévu à l'article 5.1(b) du RGPD ainsi que du principe de minimisation de données prévu à l'article 5.1(c) du RGPD et du principe de confidentialité prévu à l'article 5.1(g) du RGPD qui requiert que des mesures de sécurité adéquates soient adoptées.
- enfreint, voire enlève tout effet utile aux articles 12 à 15 RGPD, qui prévoient un droit d'information et d'accès aux personnes concernées, à savoir les bénéficiaires économiques.
- rend le dispositif luxembourgeois disproportionné et, de ce fait, contraire aux articles 7 et 8 de la Charte lu en combinaison avec l'article 52, paragraphe 1er de la Charte qui prévoit que toute limitation des principes et libertés prévus dans la Charte doit être proportionnelle. Pour les mêmes raisons, l'accès du grand public au registre des bénéficiaires économiques, tel que transposé dans l'ordre juridique luxembourgeois, est disproportionné et enfreint également l'article 8 CEDH garantissant le droit à la vie privée.

Dans la même ordonnance citée ci-dessus, la 1ière Vice-Présidente de la chambre commerciale du Tribunal d'arrondissement a également posé plusieurs questions préjudicielles à la CJUE en ce sens.

Que faire maintenant ?

Il est possible pour les sociétés concernées et leur(s) bénéficiaire(s) économique(s) d'introduire contre le caractère public du RBE un recours conformément à ce que prévoit la Loi RBE sur la base des arguments liés à la protection des données. Alors, l'affaire sera sans doute suspendue – et l'accès public du registre également – jusqu'à ce que le/la juge compétent(e) ait rendu une ordonnance suite au retour de la CJUE sur les questions préjudicielles mentionnées ci-dessus.

Vincent WELLENS
IP & Technology law partner,
NautaDutilh Avocats Luxembourg S.à r.l.
Avocat à la Cour (Luxembourg) / Avocat (Bruxelles)
vincent.wellens@nautadutilh.com